

CG / Frankfurt am Main, den 16.05.2024

Stellungnahme

zum Referentenentwurf eines Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen (Sächsisches Vergabegesetz – SächsVergabeG)

Sehr geehrte Damen und Herren,

mobifair setzt sich seit vielen Jahren für die Einführung umfassender Tariftreueregelungen ein, zum Schutz der Beschäftigten, aber auch für einen fairen Wettbewerb unter Wahrung hoher Qualitätsstandards. Im Verkehrsbereich ist die Vorgabe der Tariftreue bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen seit vielen Jahren in fast allen Bundesländern gelebte und von nahezu allen Beteiligten konstruktiv mitgetragene Praxis. Wir begrüßen daher, dass nun das im Koalitionsvertrag gesetzte und längst überfällige Ziel einer Novelle des Sächsischen Vergabegesetzes angegangen wird. Kritisch sehen wir jedoch den späten Zeitpunkt kurz vor den anstehenden Landtagswahlen, wodurch eine Verabschiedung in dieser Legislaturperiode nicht mehr realistisch erscheint. Von der künftigen Regierung erwarten wir, dass diese den Gesetzgebungsprozess fortsetzt und hoffen, dass sie unsere konstruktiven Verbesserungsvorschläge dabei berücksichtigt.

Wir schließen uns im Allgemeinen vollumfänglich den Ausführungen des DGB Sachsen in dessen Stellungnahme vom 5. April an, auf die wir an dieser Stelle ergänzend verweisen. Wir möchten jedoch einzelne Aspekte herausgreifen, die für den Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf Schiene und Straße, unserem inhaltlichen Schwerpunkt, von besonderer Bedeutung sind. Auf diese gehen wir im Folgenden ein.

mobifair e.V. | Weilburger Str. 24 | 60326 Frankfurt a.M. | Telefon: +49 69 2713996-6 | Fax: +49 69 2713996-77 | info@mobifair.eu

mobifair – für fairen Wettbewerb in der Mobilitätswirtschaft e.V.

Eingetragen im Vereinsregister unter VR 13555

Lobbyregisternummer: R005083

Vorstand: Dirk Schlömer (Vorsitzender) – Helmut Diener

Bankverbindung: SPARDA-Bank West eG; IBAN: DE03 3306 0592 0005 3114 97; SWIFT-BIC Code: GENODED1SPW

www.mobifair.eu

Zu den einzelnen Punkten:

§ 1 Anwendungsbereich

Abs. 2, Nr. 2 sieht vor, dass das Gesetz nicht auf die Vergabe von Konzessionen angewendet wird. Davon betroffen wären somit auch sog. eigenwirtschaftliche Busverkehre, die laut PBefG Vorrang vor gemeinwirtschaftlichen Verkehren haben, wenn durch sie eine ausreichende Verkehrsversorgung gewährleistet werden kann. In diesem Fall kann also der vom Entwurf beabsichtigte Schutz der Beschäftigten nicht erreicht werden. Zudem können dadurch ungleiche Entlohnungen bzw. erhöhter Verwaltungsaufwand innerhalb von Unternehmen entstehen, die sowohl eigenwirtschaftliche als auch gemeinwirtschaftliche Verkehre betreiben. Die kommunalen Aufgabenträger sollten alle Möglichkeiten, die ihnen in ihrem Einflussbereich zur Verfügung stehen, um auf faire Entlohnung hinzuwirken, auch nutzen.

Abs. 2, Nr. 2 sollte daher gestrichen werden. Außerdem sollte eine Klarstellung erfolgen, dass die Vorgaben des Gesetzes auch für Freistellungsverkehre gelten.

Zu § 2 Persönlicher Anwendungsbereich

Der Entwurf enthält zahlreiche Ausnahmeregelungen, durch die das Ziel, „faire, soziale und ökologische Bedingungen für den Wettbewerb“ zu fördern, in vielerlei Hinsicht verfehlt wird. Besonders problematisch sind die Ausnahmen für kommunale Auftraggeber, weil dadurch ein sehr großer Teil der öffentlichen Auftragsvergabe der Geltung des Gesetzes hinsichtlich entscheidender Aspekte faktisch entzogen wird. Betroffen ist u.a. auch der ÖPNV und der SPNV, der durch die fünf Zweckverbände in Sachsen organisiert wird. Die Nicht-Anwendung des vergabespezifischen Mindestlohns (§ 4, Abs. 4) kritisieren wir scharf, weil dadurch sogar die unterste Grenzlinie des Gesetzes zur Entlohnung der Beschäftigten außer Kraft gesetzt wird und eine Ungleichbehandlung der Beschäftigten und der Bieter erfolgt, je nachdem, ob es sich um Vergaben des Landes oder der Kommunen handelt. Letztlich führt dies sogar zu bürokratischem Mehraufwand für Unternehmen, den das Gesetz eigentlich vermeiden soll.

Ebenso kritisieren wir, dass die Vorgabe vieler bedeutender Kriterien fairer Auftragsvergaben den kommunalen Auftraggebern freigestellt wird. Aus unserer Erfahrung bedeutet dies, dass in der Praxis in aller Regel auf solche Vorgaben verzichtet wird, sei es aus finanziellen Gründen oder um „bürokratischen Aufwand“ zu vermeiden. Dies ist insbesondere hinsichtlich § 4, Abs. 7 (Bedingungen Unterauftragnehmer) hochproblematisch, weil dadurch die Tariffreuevorgaben und allgemein die gleichen Bedingungen zwischen Auftragnehmer und dessen Unter-, Nach- oder Leihunternehmen nicht zur Anwendung kommen dürften. Damit wird die Tariffreue im Verkehrsbereich ausgehöhlt. Ohne eine Begrenzung des

Nachunternehmereinsatzes in Breite und Tiefe, die im Entwurf fehlt (siehe unsere Ausführungen zu § 10), ist ein sehr umfassender Einsatz von Beschäftigten möglich, die weder in den Genuss von Tariffreuevorgaben noch des vergabespezifischen Mindestlohns kommen, weil sie bei Nachunternehmen beschäftigt sind. Die Untergrenze bildet dann lediglich der bundesgesetzliche Mindestlohn, der aber ohnehin immer gilt, auch ohne ein Landesvergabegesetz.

Dasselbe Problem, nämlich die Freiwilligkeit für kommunale Auftraggeber, sehen wir bei den Ausnahmen hinsichtlich Stoffpreisgleitklauseln (§ 3, Abs. 4), Mittelstandsförderung (§ 6), Berücksichtigung innovativer Aspekte, Lebenszykluskosten/Energieeffizienz und Rechtsverordnung (§ 7, Abs. 1 und 3), faire Beschaffung (§ 8, Abs. 3), Berücksichtigung sozialer Kriterien bei anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen (§ 9, Abs. 3 und 4), Bestbieterprinzip (§ 11) sowie bei den Einschränkungen bzgl. der Sanktionen (§ 12).

Wir fordern, dass alle o.g. Vorgaben des Gesetzes sowohl für Landes- als auch für kommunale Auftraggeber gelten müssen, um einen wirksamen Schutz der Beschäftigten und einheitliche Verfahrensregeln für potentielle Auftragnehmer sicherzustellen.

Zu § 4 Tariffreue und Mindestentgelt

Zu Abs. 1-3 Tariffreue im Bereich des ÖPNV/SPNV

Wir begrüßen die überfällige Schaffung einer Tariffreueregelung für den Bereich des ÖPNV/SPNV. Diese ist in fast allen anderen Bundesländern seit vielen Jahren etablierter Standard und juristisch unumstritten. Aus unserer Sicht fehlt jedoch eine weitere Konkretisierung, dass zum Entgelt auch Lohngruppen, Erfahrungsstufen, Zulagen, Zuschläge, Sonderzahlungen, Arbeits- und Urlaubszeitregelungen gehören. Diese Klarstellung ist nötig, weil diese Entgeltbestandteile einen großen Anteil am Gesamteinkommen der Beschäftigten ausmachen können. Zudem verringert sie den Interpretationsspielraum für Auftraggeber und Bewerber gleichermaßen und schafft somit Rechtssicherheit.

Zwar sieht der Entwurf die Einbeziehung der zuständigen Verbände der Tarifvertragsparteien bei der Auswahl der repräsentativen Tarifverträge vor, jedoch bleibt offen, in welcher Form dies geschehen soll. Im ÖPNV/SPNV haben sich in anderen Bundesländern paritätisch mit Vertreter*innen der Tarifvertragsparteien besetzte Tariffreuebeiräte bewährt. Das Gesetz sollte an dieser Stelle dahingehend konkretisiert werden. Details zur Besetzung und zum Verfahren des Beirats können über eine Rechtsverordnung geregelt werden, auf die das Gesetz verweisen sollte. Bei unterschiedlichen Auffassungen über die Repräsentativität von Tarifverträgen zwischen dem (beratenden) Beirat und (entscheidenden) Ministerium, sollte zudem eine Landtagsbefassung erfolgen.

Das in Abs. 3 genannte Verfahren bei grenzüberschreitenden Verkehren halten wir für problematisch, insbesondere die Möglichkeit, bei nicht erfolgter Einigung der Auftraggeber – bzw. bei der Beteiligung eines Auftraggebers aus einem anderen Mitgliedsstaat der EU die Verpflichtung -, komplett auf Tariffreue und den vergabespezifischen Mindestlohn zu verzichten. Speziell die Regelung hinsichtlich des Mindestlohns existiert in keinem anderen Bundesland und stellt eine massive Absenkung des Schutzniveaus der Beschäftigten dar, die wir scharf kritisieren.

Unverständlich bleibt für uns auch, dass entgegen dem bundesweiten Trend und erweiterter gesetzlicher Möglichkeiten (Entsenderichtlinie) weiterhin auf eine Tariftreueregelung außerhalb des ÖPNV/SPNV verzichtet werden soll, die auch verkehrsnahen Dienstleistungen (z.B. im Werkstatt- oder Vertriebsbereich) tangieren würde. In diesem Zusammenhang verweisen wir noch einmal ausdrücklich auf die Stellungnahme des DGB Sachsen.

Wir fordern die Konkretisierung bzw. Ausweitung des Begriffs Entgelt im oben genannten Sinne, die Schaffung eines paritätisch besetzten Tariftreuerebeirats (Detailregelungen über eine Rechtsverordnung), die Streichung von Abs. 3 und die Einführung einer umfassenden Tariftreueregelung für alle Branchen, wie sie beispielsweise im Saarland, Berlin oder Mecklenburg-Vorpommern etabliert ist.

Zu Abs. 4 Anwendung vergabespezifischer Mindestlohn

Wir begrüßen die geplante Einführung eines vergabespezifischen Mindestlohns als Untergrenze, wenn keine Tarifverträge zur Anwendung kommen, und dessen Kopplung an Entgeltgruppe 1, Stufe 2 des TV-L. Dadurch würde die Situation vieler Beschäftigter im Niedriglohnbereich verbessert, wenn der Entwurf nicht gleichzeitig die Anwendung des vergabespezifischen Mindestlohns durch kommunale Auftraggeber ausschließen würde. Durch diese massive Einschränkung werden faktisch nur Landesvergaben und damit nur ein begrenzter Teil der öffentlichen Auftragsvergaben erfasst. Wir verweisen dazu auf unsere Ausführungen zu § 2.

Wir fordern, dass die Anwendung des vergabespezifischen Mindestlohns sowohl für Landes- als auch für kommunale Auftraggeber verpflichtend ist, um einen wirksamen Effekt im Sinne der Beschäftigten und der öffentlichen Sozialsysteme zu erzielen und auch den Vorgaben der Europäischen Mindestlohnrichtlinie gerecht zu werden.

Zu § 5 Betreiberwechsel bei der Erbringung von Personenverkehrsdiensten

Dass die Vorgabe der Personalübernahme bei Betreiberwechsel auf Schiene und Straße zum Regelfall werden soll („Soll“-Regelung), begrüßen wir grundsätzlich. Letztlich wird damit § 131, Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) auch auf den Straßenverkehr ausgedehnt. Die bisher in Sachsen gemäß EU-VO 1370/2007 im Busbereich geltende „Kann“-Regelung führt dazu, dass in der Praxis meistens keine Vorgabe der Personalübernahme durch die Auftraggeber erfolgt und die Wechselbereitschaft der Beschäftigten – ohne Absicherung ihrer bisherigen Lohn- und Sozialstandards – gering ausfällt. Mit der Folge, dass dringend benötigtes und gut qualifiziertes Personal beim Neubetreiber fehlt und es zu teilweise massiven Problemen bei der Betriebsaufnahme kommt.

Wir halten – über den Gesetzentwurf hinausgehend - eine obligatorische Vorgabe („Muss“-Regelung, d.h. ohne Ausnahmen) des Personalübergangs bei Betreiberwechsel mindestens zu den bisherigen Bedingungen im Nahverkehr auf Schiene und Straße für notwendig, auch bei Notvergaben und beim Wechsel von eigen- auf gemeinwirtschaftlichen Verkehren und umgekehrt. Somit ließe sich auch die Attraktivität einer Beschäftigung in der Branche erhöhen – einer Branche mit massiver Personalknappheit und großer Bedeutung für die

Erreichung der Klimaziele. Eine solche verpflichtende Vorgabe ist zudem notwendig, um durch die bessere Verfügbarkeit von gut qualifiziertem Personal die Stabilität des öffentlichen Verkehrs vor, während und nach einem Betreiberwechsel zu gewährleisten. Negativbeispiele zu Problemen bei der Neuaufnahme von Verkehren nach einem Betreiberwechsel durch anhaltenden Personalmangel gibt es aus der jüngsten Vergangenheit zur Genüge.

Im Anschluss an das EuGH-Urteil C-298/18 ist zudem davon auszugehen, dass es künftig wesentlich häufiger, nämlich auch ohne Übernahme von Fahrzeugen, nach dem Betreiberwechsel zu einem Betriebsübergang nach § 613a BGB kommen wird. Die grundsätzliche Vorgabe einer Personalübernahme würde für Beschäftigte, Auftraggeber und Unternehmen Rechtssicherheit schaffen, weil nicht erst nach der Vergabe langwierig auf dem Rechtsweg entschieden werden müsste, ob ein Betriebsübergang vorliegt. Rheinland-Pfalz, das Saarland und Mecklenburg-Vorpommern verfügen bereits über eine „Muss“-Regelung in ihren Tariftreue- und Vergabegesetzen.

Wir fordern die obligatorische Personalübernahme („Muss“-Regelung) mindestens zu den bisherigen Bedingungen für alle von Vergabeverfahren im SPNV und ÖPNV betroffenen Beschäftigten im Falle eines Betreiberwechsels und schlagen dazu beispielhaft die Formulierung aus dem § 1, Abs. 4 Landestarifreuegesetz von Rheinland-Pfalz vor:

„Aufgabenträger haben im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1170/70 des Rates (ABl. EU Nr. L 315 S. 1) in der jeweils geltenden Fassung Auftragnehmer auf der Grundlage von Artikel 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 dazu zu verpflichten, den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden, ein Angebot zur Übernahme zu den bisherigen Arbeitsbedingungen zu unterbreiten. Der bisherige Betreiber ist nach Aufforderung des Aufgabenträgers binnen sechs Wochen dazu verpflichtet, dem Aufgabenträger alle hierzu erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen. In einem repräsentativen Tarifvertrag im Sinne von § 4 Abs. 3 können Regelungen zu den Arbeitsbedingungen getroffen werden, auf die im Falle einer Übernahme der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf der Grundlage von Artikel 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 als vorrangig verwiesen werden kann.“

Zu § 7 Berücksichtigung von Aspekten des Umweltschutzes und der Energieeffizienz

Wir halten die hier gemachten Vorgaben für sinnvoll und zielführend, bemängeln jedoch, dass die Anwendung des Paragraphen für kommunale Auftraggeber nicht verpflichtend ist. Dadurch bleibt großes Umwelt- und Klimaschutzpotenzial ungenutzt.

Der Paragraph sollte für alle Ebenen der öffentlichen Vergabe gelten (siehe § 2).

Zu § 8 Berücksichtigung sozialer Kriterien

Die Berücksichtigung sozialer Kriterien halten wir für zwingend notwendig, um nachhaltige, stabile und hochqualitative Verkehre zu erreichen. Hierzu gehört u.a. die Vorgabe einer

Ausbildungsverpflichtung oder der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, die im Entwurf auch beispielhaft genannt werden. Daher ist aus unserer Sicht eine „Kann“-Regelung nicht ausreichend. Angesichts der Kleinteiligkeit der Auftraggeberlandschaft in Sachsen ist mit einem Flickenteppich an Regelungen in der Ausschreibungspraxis zu rechnen. Eine verpflichtende Vorgabe würde das Landesrecht außerdem dem Bundesrecht annähern und dafür sorgen, dass soziale und ökologische Nachhaltigkeit besser erreicht werden kann.

§ 97, Abs. 3 GWB lautet seit 2016:

*"Bei der Vergabe **werden** Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte **nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.**"*

Einschränkende Vorgaben aus dem Vergaberecht zur Vorgabe der genannten Kriterien werden nicht genannt. Aus unserer Sicht ergibt sich aus der Änderung dieser Formulierung im GWB im Jahr 2016 der Wunsch des Gesetzgebers, dass die dort genannten Kriterien verbindlich bei allen Vergabeverfahren angewendet werden.

Wir schlagen folgende Formulierung für Abs. 1, Satz 1 vor: „Die Auftraggeber berücksichtigen auf allen Stufen des Vergabeverfahrens soziale Kriterien.“ Zudem sollte die beispielhafte Nennung von sozialen Kriterien um den Punkt „Tarifbindung“ ergänzt werden.

Zu § 10 Beauftragung von Unterauftragnehmern und Nachunternehmern

Wir begrüßen im Wesentlichen die hier gemachten Vorgaben. Jedoch fehlt aus unserer Sicht eine Begrenzung der Nachunternehmerkette in zweierlei Hinsicht, durch die sich Auswüchse und schwere Verstöße gegen faire Beschäftigungsbedingungen eindämmen ließen: Zum einen in der Breite (Vorgabe eines Höchstanteils der Subvergabe) und in der Tiefe (Vorgabe einer maximalen Subvergabeebene). Wir lehnen zudem die Ausnahmeregelung bezogen auf die Höhe des Vergütungsanspruchs (letzter Halbsatz von Abs. 5) ab. Dass dieser für Unterauftragnehmer und Nachunternehmer niedriger ausfallen kann als der des Hauptauftragnehmers, läuft der Gleichbehandlung zuwider und öffnet Ausbeutung durch Subunternehmen Tür und Tor.

Wir fordern die Streichung des letzten Halbsatzes von Abs. 5 sowie für den Verkehrsbereich die Begrenzung von Subvergaben auf maximal eine Ebene sowie auf höchstens 10% des Leistungsumfangs.

Zu § 11 Bestbieterprinzip

Aus unserer Sicht ist die Regelung nachvollziehbar, jedoch nicht die unterschiedlichen Vorgaben für die verschiedenen Ebenen.

Hier sollte Einheitlichkeit für Land und Kommunen geschaffen werden, die ebenfalls zu einem Bürokratieabbau beitragen würde (s. § 2).

Zu § 12 Sanktionen

Die vorgeschlagenen Sanktionsmöglichkeiten begrüßen wir. Jedoch sollte die maximale Vertragsstrafe bei mehreren Verstößen insgesamt höchstens 10% des Gesamtauftragswertes betragen, nicht 5%. Dies ist auch in den meisten anderen Vergabegesetzen der Länder ähnlich geregelt. Sonst gibt es keinen Unterschied zwischen einmaligen und mehrmaligen Verstößen, was einen negativen Anreiz setzen würde.

Sehr kritisch sehen wir das Fehlen einer Regelung zu Kontrollen der Vorgaben. Ohne ausreichende Kontrolltätigkeit und ein Initiationsrecht für Dritte (z.B. Beschäftigte oder Gewerkschaften) können Verstöße kaum aufgedeckt werden und Sanktionen demnach auch nicht verhängt werden. Dies sollte in einem eigenen Paragraphen geregelt werden, der auch Aussagen zu Methoden und Inhalten der Kontrollen enthält.

Wir halten daher die Verpflichtung zu regelmäßigen Kontrollen vor und während der gesamten Vertragslaufzeit und eine ausreichende Mindestkontrolldichte für notwendig. Eine Übertragung der Kontrollaufgabe auf eine zu schaffende Kontroll- und Beratungsstelle des Landes und eine ausreichende Personalausstattung derselben würden eine effektivere Steuerung und Durchführung der Kontrollen und Sanktionen ermöglichen. Dies würde auch die kommunalen Auftraggeber von der Kontrollaufgabe entlasten, sodass § 12 auf alle Vorgaben (und nicht nur auf die Tariffreue im ÖPNV/SPNV und die Regelungen zu Nachunternehmen) Anwendung finden könnte.

Zu § 14 Bericht, Evaluierung

Wir begrüßen die geplante Evaluierung des Gesetzes vier Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes und schlagen vor, dabei auch Gewerkschaften und Verbände anzuhören.